



Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)

La presente obra está bajo una licencia:
Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)
Para leer el texto completo de la licencia, visita:
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/2.5/co/>

Usted es libre de:



Compartir - copiar, distribuir, ejecutar y comunicar públicamente la obra
hacer obras derivadas

Bajo las condiciones siguientes:



Atribución — Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciante (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o que apoyan el uso que hace de su obra).



No Comercial — No puede utilizar esta obra para fines comerciales.

Igualdad en los derechos de custodia de padre y madre sobre un menor de edad en Colombia: ¿Mito o realidad?¹

José Enrique Rojas Pinto ²

Universidad Católica de Colombia

Resumen

El ordenamiento jurídico desde su Constitución ha contemplado la importancia de los derechos de los niños y en consecuencia ha desarrollado un sistema normativo que permita garantizar el ejercicio de su derecho en la sociedad y así mismo en aquellos casos que se presenten vulneraciones ha previsto una serie de procedimientos de restitución de estos, que se realizan por parte de una entidad pública, a saber, en este caso el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Ahora bien, uno de los derechos más importantes de un niño, niña o adolescente es de tener una familia, sin embargo, en los casos que los padres no viven juntos se deben iniciar procesos relativos a la custodia, cuidado personal, pago de alimentos, entre otros. Como lo indica el Código de Infancia y Adolescencia colombiano la custodia hace referencia al cuidado de los niños, niñas y adolescentes, y el proceso de asignación en caso de que los padres no convivan juntos, es precisamente el tema central de estudio del presente artículo de investigación, partiendo de la decisión de la Corte Suprema de Justicia en el proceso STC5357-2017 quien se ve en la obligación de recordar a los operadores judiciales la igualdad de derechos de los padres de los menores de edad en los procesos de solicitud de custodia, es viable analizar si en Colombia en los procesos de derecho de familia se aplica el tema de igualdad en derechos de custodia de los hijos menores de edad.

Palabras clave: Colombia, Derecho de Familia, Derechos del Niño, Igualdad, Custodia, Cuidado.

¹ Artículo de reflexión presentado como requisito para optar al título de Abogado de la Universidad Católica de Colombia, bajo la asesoría de la Doctora Mónica Caicedo docente de la facultad de Derecho, 2018.

² Estudiante de Derecho con materias culminadas y en proceso de grado de la Universidad Católica de Colombia, identificada con código estudiantil N° 2109218. Contacto: jerojas18@ucatolica.edu.co

Abstract

The legal system since its Constitution has contemplated the importance of the rights of children and consequently has developed a regulatory system that allows to guarantee the exercise of their right in society and also in cases where violations occur has provided a series of procedures for restitution of the same that are performed by a public entity, namely, in this case the Colombian Family Welfare Institute. However, one of the most important rights of a child or adolescent is that of having a family, however, in cases where parents do not live together, they must initiate processes related to custody, personal care, payment of food. , among others. As indicated by the Colombian Childhood and Adolescence Code, custody refers to the care of children and adolescents, and the allocation process in case the parents do not live together, is precisely the central topic of study of this article of investigation, based on the decision of the Supreme Court of Justice in the STC5357-2017 where he serves as Judge is Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo, who is obliged to remind judicial operators of equal rights of the parents of minors of age in the custody application processes, it is feasible to analyze whether in Colombia in the family law processes the issue of equality in custody rights of minor children applies.

Keywords: Colombia, Family Law, Children's Rights, Equality, Custody, Care.

Sumario

Introducción. 1. Concepto de familia en el ordenamiento jurídico colombiano. 1.1 Normas sobre cuidado personal y custodia del menor en el ordenamiento jurídico colombiano. 1.2 Fijación de custodia de menor de edad en Colombia. 2. Proceso de definición de custodia de hijo menor de edad. 3. Análisis de la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia STC5357-2017 Radicación n.º 25000-22-13-000-2017-00072-01. Conclusiones. Referencias.

Introducción

Como lo indica Triana (2016) el término menor de edad hace referencia a niños, niñas y adolescentes, los cuales, reciben del Estado una protección reforzada por su condición de vulnerabilidad. Por lo tanto, se han establecido una serie de normas que buscan brindar una

serie de condiciones normativas, a maneras de garantías aptas que permitan la protección del menor.

De igual manera, en la Convención Americana de los Derechos del Niño, ha dispuesto que “los niños, las niñas y los adolescentes son sujetos de derecho y están protegidos por la legislación, los organismos gubernamentales, los integrantes de la familia y la sociedad civil” en todos los instrumentos mencionados se ha descrito el derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener un núcleo familiar que los proteja y vele por su bienestar (Pérez, 2013, p. 152).

Respecto el tema de la custodia de menores de edad, existe un “trámite administrativo para regular la custodia y el cuidado personal de un niño, niña o adolescente se lleva acabo ante el Defensor o Comisario de Familia” (ICBF, 2019, p.1), en estos trámites tanto el padre como la madre tienen los mismos derechos respecto de la custodia del niño, niña o adolescente.

Ahora bien, también existe la probabilidad como de “acudir ante el Juez de Familia: ya sea, para regular por vía judicial el derecho de custodia y cuidado personal, y/o alimentos y/o visitas del niño, niña o adolescente o cuando existiere incumplimiento de las obligaciones alimentarias” (Lasarte, 2014, p.6).

Es entonces cuando se debe entrar a determinar si en la instancia judicial realmente se aplica el derecho a la igualdad entre las partes, o si hay una inclinación favorable hacia la madre del menor de edad. En armonía con los precedentes esbozados, este artículo plantea como pregunta de investigación la siguiente: ¿Cuáles son los criterios que tiene en cuenta el juez de familia para fallar los procesos judiciales de solicitud de custodia de menores de edad en Colombia?

Lo anterior se revisa con el fin de analizar las normas constitucionales, civiles, y jurisprudenciales, concretamente el pronunciamiento realizado por la Corte Suprema de Justicia en el proceso STC5357-2017 en los casos de solicitud de custodia de menores de edad para determinar si existe un trato desigual por parte de los funcionarios judiciales hacia los padres de los menores de edad en estos procesos.

El presente artículo de reflexión es desarrollado mediante la aplicación de la metodología doctrinal hermenéutica que es realizada mediante la revisión y análisis de textos, cifras

estadísticas e informes sectoriales mediante los cuales se ha expuesto el estudio los derechos de los padres y los menores de edad en los procesos de custodia (Agudelo, 2018).

1. Concepto de familia en el ordenamiento jurídico colombiano.

La Constitución Política de 1991, dentro de su articulado hizo referencia de manera concreta al concepto de familia, en el artículo 42 donde hace referencia a esta institución como núcleo fundamental de la sociedad, y su constitución se da en virtud de vínculos jurídicos o naturales en los cuales media la voluntad de un hombre y una mujer. Así mismo, señala de manera clara que la familia gozará de la protección del Estado, y en todo ámbito se propenderá por las relaciones respetuosas y armoniosas.

Como lo indica Vela (2015) el Constituyente de 1991 propone el concepto de familia desde el ámbito social, no obstante, dicho concepto ha variado con el tiempo, y hoy el mismo es centro de amplias discusiones, teniendo en cuenta la realidad social y cultural cambiante de la sociedad colombiana. No obstante, a pesar de la posible de dicho concepto, la protección a la familia como núcleo de la sociedad, la igualdad de derechos y deberes entre los miembros de la familia, la igualdad de derechos de los hijos, entre otros no varía, pese a que se reconozcan nuevas formas de organización familiar.

Pertuz (2011) afirma que el Constituyente al catalogar la familia como un derecho de los ciudadanos, genera una serie de corresponsabilidad del Estado frente a garantías mínimas para el desarrollo de la misma, en ese sentido, a través de la organización de sus entidades administrativas y judiciales genera una serie de garantías e instancias para que los integrantes de la familia puedan exigir sus derechos, esto es aún más evidente en el caso de los menores de edad que se consideran sujetos de especial protección constitucional.

Lo anterior, implica que, pese a que se abra paso un nuevo concepto de familia dentro del ordenamiento jurídico colombiano, los derechos y deberes de los integrantes de esta institución y la protección que deviene del Estado para la misma deben permanecer incólumes, en el contexto del Estado Social de Derecho.

Al respecto, Guio Camargo (2009) advierte que “la familia es reconocida por la Constitución como la institución más importante en el ordenamiento jurídico colombiano” (p.66), lo

anterior al tener en cuenta que este ente es el núcleo base de la sociedad, que es fundamental en el desarrollo de un Estado Social de Derecho, lo que hace que se deba velar desde las instituciones estatales por preservar la unidad familiar, desde la protección a los individuos que la conforman.

Así mismo, el concepto de familia se ha abordado a partir de la jurisprudencia en Colombia, resaltando su importancia y su dinamismo.

El concepto de esta institución social puede estudiarse, entre otras, desde dos ópticas, por lo general, complementarias entre sí. La primera, concibiéndola como un conjunto de personas emparentadas por vínculos naturales o jurídicos, unidas por lazos de solidaridad, amor y respeto, y caracterizadas por la unidad de vida o de destino, presupuestos que, en su mayoría, se han mantenido constantes. La segunda, se puede desarrollar en consideración a sus integrantes, desde esta perspectiva el concepto de familia se ha visto permeado por una realidad sociológica cambiante que ha modificado su estructura. En este sentido se ha señalado que “el concepto de familia no puede ser entendido de manera aislada, sino en concordancia con el principio de pluralismo”, porque “en una sociedad plural, no puede existir un concepto único y excluyente de familia, identificando a esta última únicamente con aquella surgida del vínculo matrimonial (Corte Constitucional, T-292, 2016).

Como se puede observar, el concepto establecido por el Constituyente de 1991 ha sido objeto de interpretación por parte de la Corte Constitucional, quien en concordancia con los demás postulados de la Constitución Política de 1991 ha expresado el reconocimiento del Estado hacia nuevas formas de familia, que surgen debido a la realidad social.

De igual manera, es enfática en afirmar la importancia de la protección de la familia desde la institucionalidad del Estado colombiano, teniendo en cuenta que esto es un eje fundamental para la protección de los derechos fundamentales de la niñez, y es deber del Estado velar por la garantía de dichos derechos fundamentales (Velasco & Llano, 2016).

Así mismo, es claro como lo ha ratificado el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar a través de los conceptos emitidos por su oficina jurídica que:

Ser padre y madre acarrea derechos y responsabilidades sobre sus hijos a fin de garantizarles su desarrollo integral tales como, una vivienda digna, manutención, vestuario y educación, que en forma proporcional se distribuyen entre la pareja para su cumplimiento, con destino a lograr un adecuado desarrollo, sostenimiento y educación de los hijos, en igualdad de condiciones, mientras dure su minoría de edad o en el evento de que exista algún impedimento que obstaculice a los menores de edad Valerse por sí mismos (ICBF, CONCEPTO 78 DE 2013).

Ahora bien, precisamente en el ámbito de los derechos de niñez dentro de un entorno familiar, se han diseñado una serie de normas que están encaminadas a definir la responsabilidad que tienen los padres sobre la custodia y cuidados de los hijos menores de edad. Es necesario debido a esto, identificar dichas normas de manera breve para establecer el contexto de los derechos y deberes que tienen los padres sobre la custodia de los menores de edad.

Es claro que la Carta Política colombiana privilegia la institución de la familia desde la precepción que la misma es el origen de la sociedad en sí misma, en esa medida la protección que se brinde a la misma repercutirá necesariamente en los escenarios sociales que posteriormente se desarrollen en el país.

De igual manera, el constituyente se enfoca de manera particular en la importancia de garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes (en adelante NNA), como señala en el artículo 44 de la Constitución, que indica que son derechos fundamentales de los menores la vida, salud, educación, entre otros, y adicionalmente se indica que tienen derecho a tener una familia.

En esa medida, se infiere que el derecho a tener una familia en el caso de los NNA, hace referencia a la protección que el Estado debe disponer para preservar la unidad familiar, y en los casos que esto no puede llevarse a cabo, disponer de las medidas necesarias para que se garanticen en todo momento los derechos de estos, en razón al principio de interés superior.

1.1 Normas sobre cuidado personal y custodia del menor en el ordenamiento jurídico colombiano:

Como primer referente normativo sobre los derechos de los niños, niñas y adolescentes se tiene el artículo 44 de la Constitución Política de 1991 que enuncia una serie de derechos de la niñez, como lo son la vida, la salud, la integridad, el cuidado, el acceso a seguridad social, la alimentación, el derecho a tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado, la educación, entre otros (Castro, 2017).

En segundo lugar, la obligación sobre cuidado personal y custodia de menores de edad se expone de manera expresa en el Código de infancia y adolescencia expedido mediante la Ley 1098 de 2006. En esta norma se encuentran las disposiciones generales acerca de los derechos de los menores de edad y lo relativo a la custodia y cuidado personal a cargo de los padres.

Como lo indica Morales & Castillo (2011) el Código de Infancia y Adolescencia en su artículo 14 establece el concepto de la responsabilidad parental que hace referencia a la obligación que se tiene “frente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los menores de edad durante su proceso de formación” (p.61), por parte de su padre y madre.

Así mismo, frente a este tema el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ha expedido numerosos conceptos en los cuales hace referencia a las normas sobre custodia del menor y el procedimiento que deben llevar a cabo sus padres, representantes legales, parientes, guardador o la persona que tenga bajo su cuidado al niño, niña o adolescente para la solicitud de esta.

En el momento en que ocurre una situación de separación entre los padres de un menor de edad, se adelanta un proceso administrativo para definir si la custodia del menor será compartida entre los dos padres o quedará en cabeza de uno solo (Medina, 2014). Dicho proceso siempre debe estar ajustado al interés superior del menor, de modo que debe garantizarse que este pueda seguir teniendo contacto con sus padres de manera continua, a menos que exista una medida de protección sobre el menor que lo impida por situaciones de maltrato o abuso por parte de sus progenitores.

Al respecto, la Corte Constitucional ha expresado lo siguiente:

(...) cada uno de los padres tiene derecho a mantener una relación estable y libre de condicionamientos frente a sus hijos; y tiene, además la facultad de desarrollar su relación afectiva como la considere pertinente, siempre y cuando no lesione los intereses prevalentes del menor. Por esta razón, cada uno de los cónyuges debe respetar la imagen del otro frente a sus hijos, no debe aprovecharse de su situación de privilegio, frente a aquel que no tiene la tenencia del menor, para degradarlo y menospreciarlo, olvidando que su función es buscar el desarrollo integral de los hijos” (Corte Constitucional, T-500 de 1993).

En este contexto, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar expidió la Resolución No. 1526 del 23 de febrero de 2016 por medio de la cual se fija el “*Lineamiento Técnico Administrativo de Ruta de Actuaciones para el restablecimiento de derechos de niños, niñas y adolescentes con sus derechos inobservados, amenazados o vulnerados*” (ICBF, 2016, p.1).

Dicho lineamiento contiene la hoja de ruta para el desarrollo de actuaciones administrativas que tengan como objetivo el restablecimiento de derechos de NNA cuyos derechos se han visto vulnerados, este documento busca fijar parámetros que orienten las actuaciones de las autoridades administrativas y judiciales en este tipo de tramites de modo que se garantice el interés superior del menor, y la efectividad de sus derechos.

Como se puede observar, el ordenamiento jurídico colombiano ha sido claro respecto de las obligaciones que tienen los padres con sus hijos menores de edad, respecto a su bienestar y cuidado, y en esa medida ha previsto procedimientos de tipo administrativo y judicial para que se defina el derecho de custodia del menor en los casos que los padres no convivan.

1.2 Fijación de custodia de menor de edad en Colombia:

En el momento de definir, quién se hará cargo de la custodia del menor de edad, las autoridades competentes deben evaluar las circunstancias en las que se encuentra el menor de edad y de acuerdo con esto fijar su custodia en cabeza de uno de los padres, permitiendo

que el otro realice visitas al menor de edad, o puede optar por fijar la custodia compartida entre los dos padres.

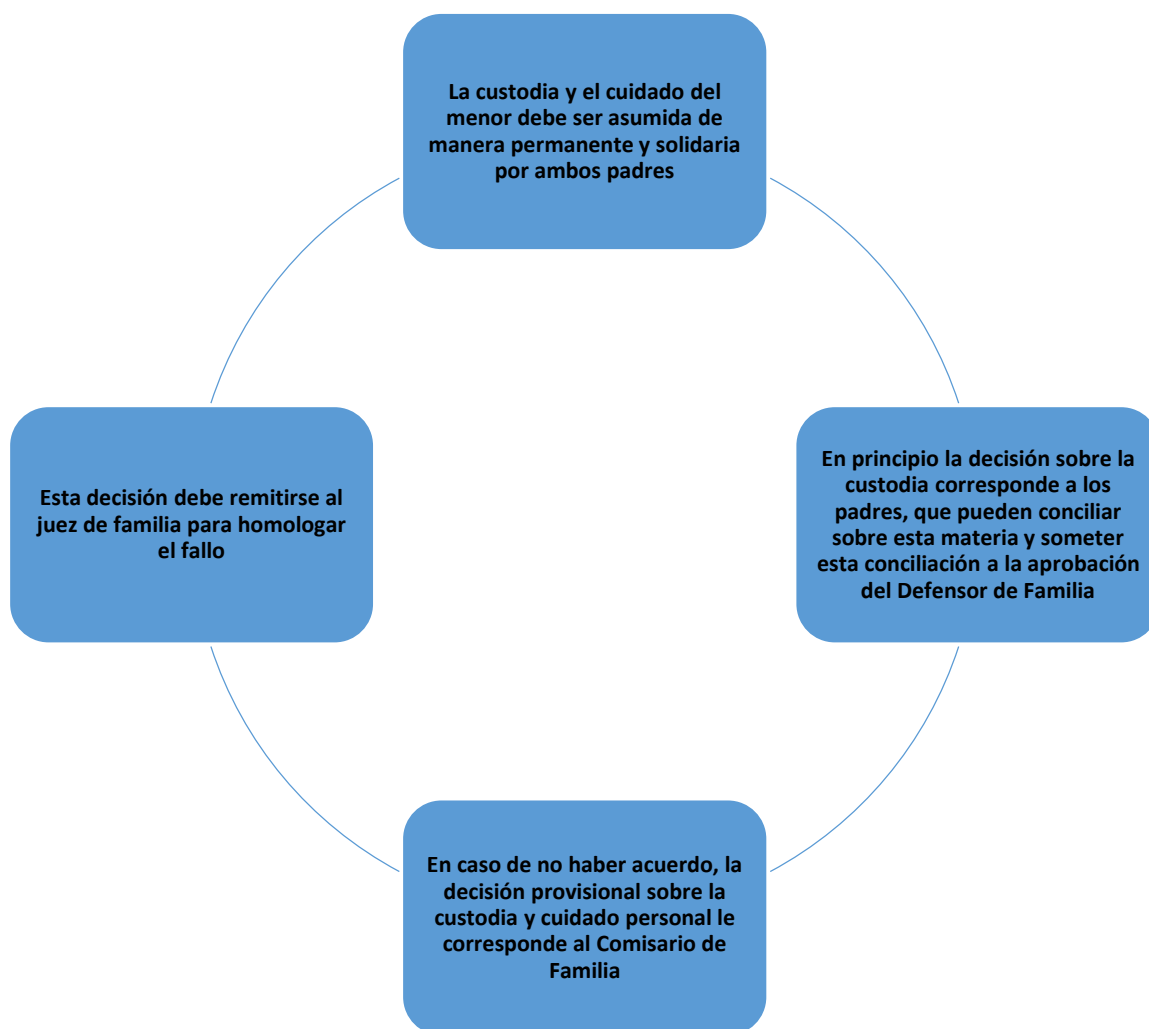
Respecto de lo anterior, como lo expresa Marín (2018) si bien desde la Constitución Política se consagra el derecho del menor a tener una familia estable y a ser protegido por esta en todos los ámbitos, no puede el legislador desligarse de la realidad social frente a la separación de los padres de un menor; situación ante la cual debe prever una serie de normas que le permitan asignar el cuidado y custodia de los menores de edad a los padres.

Es procedente resaltar que en los asuntos sobre materias que versen sobre custodia, cuidado personal y regulación de vistas de menores de edad, pueden ser conocidos por Jueces, Comisarios y/o Defensores de Familia, según el Código General del Proceso y el Código de la Infancia y la Adolescencia. Y en todo caso las decisiones deben estar fundamentadas en la protección de los derechos de los menores de edad.

Lo anterior, teniendo en cuenta como lo expresa Guío Camargo (2009) la garantía de la familia y los instrumentos que diseñe el Estado para su protección y la de cada uno de sus integrantes permitirá que se desarrollen efectivamente los postulados del Estado Social de Derecho, en este caso concreto es necesario que exista una concreta garantía del bienestar del menor, de modo que la decisión sobre su custodia garantice su desarrollo adecuado.

El proceso de revisión de la custodia del menor se puede dar en las etapas que se enuncian en la figura 1, que se muestra a continuación.

Figura 1. Tramite de Custodia de menor de edad en Colombia.



Fuente: Elaboración propia a partir de información del ICBF (2013).

La figura 1 permite evidenciar los pasos que conlleva un trámite de solicitud de custodia de menor de edad, que en principio puede ser una decisión conjunta de los padres, y en el caso de que entre los mismos no exista un acuerdo respecto del tema, este deberá adelantarse ante una comisaria de familia, quien debe remitir la misma a una instancia judicial, en este caso un juez de familia, quien deberá avalar la decisión tomada.

En dicho trámite, como se ha indicado con anterioridad debe prevalecer el interés superior del menor, y en todo caso el comisario de familia tendrá la posibilidad de entrevistar al menor para establecer sus consideraciones respecto a la custodia, y de la relación que tiene con sus progenitores, para con ello tomar la decisión más favorable que proteja y garantice los derechos del NNA, sea esto la custodia compartida o en cabeza de alguno de sus padres.

A continuación, se procederá a explicar el trámite que se lleva a cabo para definir la asignación de la custodia de un menor de edad en Colombia, para ampliar lo descrito en la figura anterior.

2. Proceso de definición de custodia de hijo menor de edad

En primer lugar, dentro del trámite de regulación de la custodia de un menor de edad se lleva a cabo un procedimiento administrativo, el factor de competencia está dado por el domicilio del menor de edad y la competencia territorial de la autoridad administrativa. Para comenzar el Defensor de Familia debe proceder a citar a las partes para la celebración de audiencia de conciliación, que será realizada dentro de los diez (10) días siguientes a la petición (Tobón, 2015).

Como se indicó anteriormente el Defensor de Familia, debe proceder en primer lugar a realizar una audiencia de conciliación extrajudicial en derecho que tiene como propósito un acuerdo conciliatorio entre los padres del menor de edad sobre su custodia, cuidado personal, régimen de visitas y alimentos. Si una vez realizada dicha audiencia “no se logra establecer un acuerdo; el Defensor de Familia, mediante Resolución fija las obligaciones de protección del menor de edad, incluyendo la obligación provisional de alimentos, visitas y custodia” (ICBF, 2018, p.3).

La resolución que fija las obligaciones dentro del proceso contiene una serie de órdenes, de las que se debe dar traslado a las partes dentro del proceso por el término de cinco (5) días hábiles con el fin de que se pronuncien y aporten las pruebas que deseen hacer valer. Posterior a dicho término, debe el Defensor de Familia decretar las pruebas necesarias y fijar una fecha para la práctica de estas dentro de una audiencia en la cual se proferirá fallo sobre el asunto (Castillo & Morales, 2013).

El plazo establecido para resolver la actuación administrativa de custodia y cuidado de menor de edad es de 4 meses que se cuentan a partir de la fecha de la solicitud, la misma puede ser ampliada de manera excepcional por dos meses más. Y frente a la providencia que contiene la decisión tomada por el Defensor de Familia después de agotadas las etapas, procede un recurso que atenderá en este caso una autoridad jurisdiccional.

Ahora bien, existe también un trámite judicial, en estos casos el solicitante debe la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad, este trámite se debe adelantar ante los conciliadores autorizados por la ley, es importante señalar que en Colombia esta expresa “la consagración de la conciliación como mecanismo alternativo para la solución de conflictos por parte del legislador” (Garzón, 2009, p.57), lo que no excluye estos casos concretos.

Como lo indica el ICBF (2013) en sede judicial la asignación de custodia y cuidado de un menor de edad se lleva a través de un proceso verbal sumario, ante el Juez de Familia del domicilio del niño, niña o adolescente y será potestativo de la parte presentarse con apoderado judicial, el termino con el que cuenta el Juez para resolver este proceso es de un año.

Es necesario destacar lo dispuesto por la Corte Constitucional en su jurisprudencia frente a estos procedimientos de custodia y cuidado de menor de edad:

Los niños, niñas y adolescentes no pueden ser tratados como trofeos de la contienda personal y patrimonial que exista entre sus padres; por el contrario, se les deben brindar las garantías para que, a pesar de la ruptura sentimental de sus padres, puedan crecer en un ambiente donde adquiera relevancia la progenitura responsable con la intervención de ambos padres de ser posible, en procura de lograr el desarrollo armónico e integral de los niños, su estabilidad, su seguridad y el afianzamiento del sentimiento de valoración a través de la familia. Aun cuando los padres estén separados por diversas razones, la convivencia familiar con los hijos se debe garantizar en la medida que responda al interés superior de los niños, niñas y adolescentes, pues el divorcio, la nulidad del matrimonio, la separación de cuerpos de los padres o la finalización de la unión marital de hecho, no afecta el estatus y los derechos de los

niños, niñas y adolescentes, en tanto la relación filial permanece y con ello los deberes y las obligaciones que se adscriben a los progenitores (Corte Constitucional, T-348, 2018).

Como se puede observar, es necesario que en todo caso se privilegien los derechos de los niños, niñas y adolescentes en Colombia. Y en ese sentido, se debe en todo caso buscar un acuerdo conciliatorio entre los padres que permita la custodia compartida entre los progenitores y privilegio la vida afectiva del menor.

Diversos estudios han considerado que para efectos del bienestar del hijo menor de edad, por regla general debe adoptarse la custodia compartida, ya que como lo indica Meco (2014) esta se justifica en la aplicación de los principios de igualdad entre hombres y mujeres, además en esta realmente se materializa la corresponsabilidad de ambos padres sobre el hijo menor de edad y la participación conjunta en la crianza de este, y por ultimo esto influye positivamente en el interés superior del menor.

Dicho lo anterior, es importante evaluar con mayor detenimiento los escenarios de custodia del NNA que le permitirán desarrollarse de mejor forma, para ello deben tenerse en cuenta criterios netamente objetivos, que permitan que la decisión este ajustada al interés superior del menor. Es preciso en este contexto, que no se discrimine a ninguno de los padres por motivos de sexo, raza, relación entre otros, y en todo caso que se considere la posibilidad de evaluar la custodia compartida como forma de garantizar la unidad familiar.

3. Análisis de la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia STC5357-2017

Radicación n.º 25000-22-13-000-2017-00072-01

En esta sentencia, se decidió la impugnación presentada ante la Corte Suprema de Justicia frente al fallo proferido el 15 de marzo de 2017 por la Sala Civil – Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, por una acción de tutela promovida frente a providencia judicial por el señor Sergio Ruiz Murillo, quien es padre de una menor de edad, y consideró que el Juzgado de Familia de Soacha cometió un defecto fáctico al momento de asignar la custodia de su hija a la madre por circunstancias no fundamentadas en el acervo probatorio del proceso.

En este sentido, y teniendo en cuenta que “la motivación de las providencias judiciales es un imperativo dimanado del debido proceso” (Corte Suprema de Justicia, Sentencia STC12924-2019) y debe dentro de este establecerse todas las garantías a las partes e intervinientes el operador jurídico no puede a su arbitrio decidir sobre una parte de acervo probatorio únicamente, ya que las pruebas deben ser valoradas en conjunto y así mismo debe darse a las partes el derecho de controvertir estas (Jiménez & Yáñez, 2018).

En este caso el padre de la menor aduce la vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso, defensa y además alega la vulneración de los derechos de su hija menor de edad, por parte de la autoridad judicial acusada. Esto debido a que surtido el trámite de asignación de custodia y cuidado de menor de edad promovido por la madre de la menor se obviaron una serie de pruebas entre estas las entrevistas realizadas a la menor de edad, quien adujo que deseaba vivir con su padre.

Lo anterior, sin duda alguna demuestra una parcialidad del juez y por lo tanto un defecto factico por indebida valoración probatoria, por lo tanto, dicha sentencia carece de objetividad y no toma en cuenta los fundamentos de hecho y derecho en este caso (Loaiza, 2014), donde se evidencio por primera lo que comúnmente pasa en los tramites de asignación de custodia de menor de edad.

En el caso en concreto, respecto de la valoración de los padres de la menor se indicó lo siguiente:

Respecto de la condición personal, mental y habitacional de los progenitores, sostuvo que: (...) se desprende, según valoración psicológica que practicara el Instituto Nacional de Medicina legal, que son personas sanas mentalmente y que se encuentran en condición óptima para ejercer la custodia y cuidado personal de su menor hija. En lo social, no encontramos tacha alguna sobre su aptitud y comportamiento en el grupo social donde desenvuelven sus vidas. En lo referente a la vivienda de cada uno de ellos, advertimos que presentan óptimas condiciones habitacionales que garantizan los derechos fundamentales de la menor, sin que existan riesgos que pongan en peligro los mismos, como se desprende de la visita social que les fuera practicada.

No obstante, y pese a la igualdad ante la Ley de la que deben gozar las partes dentro de un proceso judicial, el Juez decide obviar lo anterior y basar su decisión en una creencia personal, bajo la cual, al ser la menor de edad de sexo femenino, es más benéfico para esta estar con su madre. Sin embargo, del acervo probatorio en ningún momento se llega a esta conclusión.

Como bien lo indica Mantilla (2014) en el trámite de la decisión de la custodia de un menor de edad se deben tener en cuenta diversos aspectos como lo es el interés superior de la niña, y en esa medida será indispensable escuchar la opinión del menor y por medio de la práctica de pruebas que permitan evaluar y analizar la situación familiar de la menor, y la situación económica, psicológica y social de las partes para determinar el progenitor más responsable e idóneo para asumir tal obligación.

Por lo que erra de manera flagrante el Juez de Familia de Soacha cuando expone en su providencia lo siguiente:

(...) sí bien la menor goza de un cuidado especial del padre y su asistencia en cuanto a manutención, recreación y educación se refiere, como así lo demuestra con la documental aportada, también se debe advertir que la menor, quien ya cuenta con 11 años de edad, ha entrado a la edad de adolescencia, época muy delicada en la formación integral de los menores, pues es precisamente el despertar o desarrollo de su sexualidad, requiriendo sobre todo, las niñas, una atención y cuidado especial o delicado por parte de su progenitora, en lo atinente a una asistencia personalizada íntima, en la que se enseña y protege el pudor, y a su vez la garantía sana de su desarrollo armónico integral y protección de los derechos fundamentales prevalentes. Como se demuestra, la menor convive solamente con su padre, y según se desprende del dicho de la demandante en el hecho 44, lo que es reiterado por las mencionadas testigos, comparten un mismo lecho, hecho que, de ser cierto, pues al parecer lo es aunque de manera ocasional, como lo reconoce el demandado a dar respuesta a este hecho, no es sano para la menor, porque atenta contra su privacidad, su salud, pudor, intimidad. Los hechos narrados en los numerales 25 y 38 de la demanda, Radicación n° 25000-22-13-000-2017-00072-01 14 evidencian la importancia de la asistencia de la madre en situaciones de esta naturaleza.

Como lo indica Guarín & Rojas (2017) en ningún momento el Estado puede dejar de garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos, ya que de lo anterior puede derivarse un incumplimiento en sus obligaciones y por lo tanto una responsabilidad de este.

Actualmente, en la mayoría de los Estados se privilegia la custodia compartida de los menores, entendiendo que esto resulta lo más beneficioso para el mismo en cuanto a su crianza (González, 2014), teniendo en cuenta que la separación de los padres no debe constituir un perjuicio para el menor, y menos cuando esto se trata de la privación de generar o disfrutar de sus lazos familiares.

En ese mismo sentido, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (2019) señaló de manera concreta que el contacto con los padres no solo constituye un derecho de estos, sino que constituye un derecho fundamental de los menores de edad, consagrado incluso en normas de derecho internacional como la Convención sobre los derechos de los niños. Al respecto, señala expresamente:

A la luz de las nuevas tendencias del derecho de familia, las visitas no constituyen hoy una facultad de los padres o progenitores, sino un derecho de los niños, niñas y adolescentes para permanecer, comunicarse y compartir con sus padres. Esta nueva visión implica no solamente la posibilidad de su exigencia y fijación por parte del padre que ha sido injusta y arbitrariamente privado de ellas, sino la obligatoriedad de su cumplimiento en aquellos casos en que pese a estar reguladas, no se ejercen por causas imputables al propio padre o a quien le han sido fijadas (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, 2019, p.2).

Así mismo, la Corte Suprema de Justicia en la misma línea que la expresada en la sentencia analizada anteriormente ha hecho énfasis a través de nuevos pronunciamientos en la importancia de privilegiar el régimen de custodia compartida, dejando de lado creencias sin fundamento sobre el favorecimiento de una de las partes en la asignación de custodia del menor.

En ese sentido en la sentencia STC-120852018 (25000221300020180018801), de septiembre de 2018 esta corporación afirma:

Si bien la custodia compartida de los menores surge, en la mayoría de casos, a partir de la separación de los padres, la que en algunas ocasiones va aparejada de la inexistencia de domicilios comunes, debe privilegiarse el vínculo familiar para con los niños, el apoyo y el amor necesario para su crecimiento, así como la posibilidad de disfrutar de la presencia de ambos ascendientes, razón por la que en aras del interés superior del menor se puede optar por un sistema alternativo para con los infantes, en cuanto al tiempo y los lugares de residencia con cada uno de los progenitores, en tanto como el padre y la madre cuenten con las capacidades físicas y psicológicas para establecer una relación directa con ellos y garantizar las prerrogativas y necesidades del infante, siempre que éste encuentre allí un lugar idóneo para potencializar la construcción de su ser, y sin perjuicio de las reglas sobre regulación de visitas y la obligación alimentaria respectiva, a fin de no desestabilizar al menor (Corte Suprema de Justicia, Sentencia STC-12085, 2018).

De igual manera, expresó que la ausencia de un hogar conjunto entre los padres de un menor de edad no puede negarle la posibilidad al menor de contar con los vínculos afectivos de alguno de sus padres, por tal motivo cuando se observe la intención de uno de los padres de separar al menor de edad del otro, no pueden ser admitidas y por lo contrario deben considerarse una vulneración a los derechos del menor de edad.

En conclusión, es evidente que la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia sobre la custodia de NNA ha hecho énfasis en la importancia de evaluar las condiciones de cada uno de los progenitores, y la relación que cada uno de estos ha desarrollado con el menor, de modo que la decisión se fundamente en criterios objetivos suficientes que permitan inferir que el menor gozará de todos sus derechos, y en todos los casos será importante tener en cuenta aquellas apreciaciones que el NNA indiquen en dicho trámite, ya que esto permitirá observar aspectos esenciales de la forma en que se relaciona el menor con sus padres.

De igual modo, es importante que se pueda explorar la opción de otorgar una custodia compartida del menor de edad, ya que esto le permitirá compartir el tiempo necesario con sus padres, y no desligarse de su unidad familiar que como lo ha indicado el constituyente es un derecho fundamental del menor.

Conclusiones

De acuerdo con lo desarrollado en el artículo de reflexión presentado los criterios que se tienen en cuenta al momento de definir la custodia de un menor de edad deben atender razones objetivas, para lo cual se debe realizar una valoración de los aspectos específicos de cada caso, para de este modo tomar una decisión que favorezca la protección y garantía de los derechos del NNA.

En primer lugar, es importante mencionar que según el procedimiento fijado tanto el padre como la madre del niño, niña o adolescente en virtud del derecho a la igualdad podrán solicitar la custodia de este, sin que exista una discriminación debido a su género, esto quiere decir que el Juez al momento de adoptar la decisión de custodia debe fundamentar en criterios netamente objetivos como lo son el interés superior de menor y la garantía de cada uno de sus derechos.

En esa medida, el Juez deberá evaluar concretamente elementos como la condición personal, los rasgos psicológicos, y el entorno de los padres; pero no únicamente estos criterios deben ser objeto de revisión por el Juez al momento de otorgar la custodia del niño, niña o adolescente, ya que será esencial en este proceso que se abra un espacio al menor para que manifieste su opinión teniendo en cuenta la relación que lleve este con cada uno de sus padres.

Es importante destacar como se ha podido observar en el desarrollo del artículo de investigación, que en Colombia los jueces han acogido una tendencia acerca de la custodia compartida de los niños, niñas y adolescentes que generan una mayor estabilidad para los menores, y les permiten tener una mejor calidad de vida, lo cual es fundamental en los procesos que se discuten sobre este tema.

Así mismo, la posición fijada por algunos jueces quienes reconocen que en ocasiones la fijación de la custodia de los menores de edad se toma basados en criterios que no deberían influir, permiten que se fijen nuevos criterios al respecto y que se privilegie el derecho a la igualdad de cada uno de los padres del niño, niña o adolescente.

Por esta circunstancia precisamente, se ha hecho énfasis en la importancia de contar con la opinión del menor en estos procesos, teniendo en cuenta que son sujetos de especial

protección constitucional a quienes deben garantizarse todos sus derechos, sin duda integrar al menor de edad en este tipo de procesos favorece el marco probatorio bajo el cual el juez toma su decisión, y le permite tener una visión integral sobre quién debe tener la custodia del menor, o si esta debe ser compartida entre los dos padres, en favor del entorno psicológico y afectivo del menor de edad.

Referencias

- Agudelo, Ó. A. (2018). Los calificativos del derecho en las formas de investigación jurídica. En Ó. A. Agudelo-Giraldo, J. E. León Molina, M. A. Prieto Salas, A. Alarcón-Peña & J. C. Jiménez-Triana. La pregunta por el método: derecho y metodología de la investigación (pp. 17-44). Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- Castillo, J., & Morales, H. (2013). Los estudios de género a las nuevas masculinidades y/o los movimientos de padres por la custodia compartida de sus hijos e hijas. Educación y humanismo, 15(24), 107-121. Recuperado de <http://revistas.unisimon.edu.co/index.php/educacion/article/view/2208>
- Castro, A. (2017). La asignación de la custodia y protección personal de las niñas, niños y adolescentes. Trabajo de Grado. Universidad Católica de Colombia. Facultad de Derecho Facultad de Derecho. Bogotá, Colombia. Recuperado de <https://repository.ucatolica.edu.co/handle/10983/15055>
- Carrasco, L. A., & García, I. M. (2007). Juntos, pero no revueltos: la custodia compartida en el nuevo art. 92 CC. InDret, (3). Recuperado de https://scholar.google.es/scholar?hl=es&as_sdt=0%2C5&q=derechos+de+custodia+del+menor+de+edad&btnG=
- Garzón, A. E. (2009). La conciliación como requisito de procedibilidad frente al acceso a la administración de justicia. Saber, ciencia y libertad, 4(2), 55-80. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6261719>
- González, A. H. (2014). Revisión jurisprudencial de la guarda y custodia compartida e interés del menor: novedades en torno a la futura ley de corresponsabilidad parental= Jurisprudent revision of the custody and the interest of the child: the future law of

- parental co-responsibility. Revista de Derecho de la UNED (RDUNED), (14), 295-324. Recuperado de <http://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/view/13292>
- Guarín, E., & Rojas, A. (2017). La medida de la solidaridad: Responsabilidad del Estado y derecho de los asociados (1st ed.). Bogotá: Editorial Universidad Católica de Colombia.
- Guío Camargo, R. E. (2009). El concepto de familia en la legislación y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. Studiositas, Vol. 4 (3) Recuperado de <https://repository.ucatolica.edu.co/handle/10983/573>
- ICBF. (2013) Concepto 78 de la sala jurídica. Recuperado de https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/concepto_icbf_0000078_2013.htm
- ICBF. (2016) Lineamiento técnico administrativo de Ruta de actuaciones para el restablecimiento de derechos de Niños, niñas y adolescentes con sus derechos inobservados, Amenazados o vulnerados. Recuperado de https://www.icbf.gov.co/sites/default/files/procesos/lm3.p_lineamiento_tecnico_ruta_actuaciones_para_el_restablecimiento_de_derechos_nna_v1.pdf
- ICBF. (2019) Concepto 139 de la sala jurídica. Recuperado de https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/concepto_icbf_0000078_2013.htm
- Jiménez, M. C., & Yáñez, D. A. (2017). Los procesos de única instancia en el código general del proceso: la garantía constitucional del debido proceso y la doble instancia. Prolegómenos, 20(39), 87-104. Recuperado de <https://revistas.unimilitar.edu.co/index.php/dere/article/view/2725>
- Lasarte, C. (2014). Compendio de derecho de familia (2st ed., p. 344 pags.). Bogotá: Editorial Dykinson.
- Loaiza, C. J. (2014). La acción de tutela contra providencias judiciales y el debido proceso. Estudio de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. Diálogos de Derecho y Política, (15), 79-100. Recuperado de <http://aprendeonline.udea.edu.co/revistas/index.php/derypol/article/view/21763>

- Mantilla, A. (2014). Derecho de familia para todos (1st ed., p. 152 págs). Bogotá: Editorial Ibañez.
- Marín, J. (2018). El fortalecimiento de la unión estable en pareja en Colombia y Cataluña. *Novum Jus: Revista Especializada En Sociología Jurídica Y Política*, 12(1), 109-127. Recuperado de https://editorial.ucatolica.edu.co/ojsucatolica/revistas_ucatolica/index.php/Juridica/article/view/1967/1737
- Meco, F. (2014). La custodia compartida como régimen más favorable al interés del menor. Comentario a la STS núm. 758/2013, de 25 de noviembre (RJ 2013,7873). *Revista Boliviana de Derecho*, (18), 420-431. Recuperado de <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=427539914021>
- Medina, J. E. (2014). Derecho civil: derecho de familia. (1.ed). Editorial Universidad del Rosario.
- Morales, H., & Castillo, J. (2011). La custodia parental compartida: un análisis desde la perspectiva de género y de derecho. *Revista Justicia*, 20(1). Recuperado de <http://revistas.unisimon.edu.co/index.php/justicia/article/download/1064/1052>
- Pertuz, A. A. (2011). Constitucionalización del derecho de familia. *Jurídicas CUC*, 7(1), 27-52. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4919253>
- Tobón Berrío, L. E. (2015). Interpretación crítica de las instituciones de regulación de las relaciones filioparentales: Patria potestad y autoridad parental. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 45(122), 153-173. Recuperado de http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0120-38862015000100007&script=sci_abstract&tlng=en
- Triana, C. I. (2016). El derecho de los niños a tener una familia y no ser separado de ella: una revisión jurídica desde la perspectiva nacional y el derecho internacional. Trabajo de Grado. Universidad Católica de Colombia. Facultad de Derecho. Bogotá, Colombia. Recuperado de <http://repository.ucatolica.edu.co/handle/10983/14379>

- Vela, A. (2015). Del concepto jurídico de familia en el marco de la jurisprudencia constitucional colombiana: un estudio comparado en América Latina. Trabajo de Grado. Universidad Católica de Colombia. Facultad de Derecho. Bogotá, Colombia. Recuperado de <https://repository.ucatolica.edu.co/handle/10983/2746>
- Velasco, N., & Llano, J. (2017). Derechos fundamentales: un debate desde la argumentación jurídica, el garantismo y el comunitarismo. *Novum Jus: Revista Especializada En Sociología Jurídica Y Política*, 10(2), 35-55. Recuperado de https://editorial.ucatolica.edu.co/ojsucatolica/revistas_ucatolica/index.php/Juridica/article/view/1317

Jurisprudencia

- Corte Constitucional colombiana. (1993). Sentencia T-500 de octubre 29. M.P Jorge Arango Mejía.
- Corte Constitucional colombiana. (2016). Sentencia T-292 de junio 2. M.P Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
- Corte Constitucional colombiana. (2018). Sentencia T-292 de junio 2. M.P Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
- Corte Suprema de Justicia (2017). STC5357-2017 de abril 19. M.P Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.
- Corte Suprema de Justicia (2017). STC-120852018 de septiembre 18. M.P Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo